ist folgendes. Durch die Praxis ist festgestellt worden, daß für den Solidus ein nach Reichswährung gemünzter Ducaten zu rechnen ist. Dieser Reichsducaten ist ferner nicht bloß in deutscher Praxis zu 4 fl. des Leipziger Münzfußes gerechnet worden, sondern auch reichsgesetzlich ist der Ducaten auf diese 4 fl. festgestellt. Dieses ist aber die einzige gemeinrechtliche Norm, welche wir für die Berechnung der Reichsducaten nach Silberwerthen haben. Und so ergeben sich nach dem 21 Guldenfuß für die 500 Solidi 1555 5/9 Thaler Pr. Courant.

XIX.

Gegen die Provocatio ex Lege Diffamari zulässige Einreden.

Von Herrn Geh. Just.-Rath Prof. Dr. K. Witte,
Ordinarius der jur. Fac. zu Halle.

Die klagweise Verfolgung eines uns zustehenden Rechtes gehört zu den sogen. actus facultatis. Wir können nach unserm Belieben uns desselben bedienen oder nicht. Lassen wir die Gelegenheit, jenes Recht klagend geltend zu machen, auch ein oder mehrere Male vorübergehen, so werden wir, abgesehen von der Klagenverjährung, dadurch nicht gehindert, dasselbe ein anderes Mal zu gebrauchen. Hierin macht auch die Convenienz Dessen, gegen den wir die Klage zu richten hätten, keinen Unterschied. Ist es ihm vielleicht bequemer, jetzt von uns verklagt zu werden, als zu einer späteren Zeit, so kann er uns der Regel nach doch nicht zwingen, schon jetzt mit unserer Klage hervorzutreten.

Eine Ausnahme von dieser Regel machen, außer gewissen, hier nicht in Betracht kommenden Edictalladungen, die Provocationen.[1]) Von den italienischen Schriftstellern und Praktikern, im Anschluß an zwei oder drei Stellen des Corpus

---

1) Muther im Jahrb. d. gem. deutschen Rechts II. 53—196.

juris, zuerst für wenige specielle Fälle ausgebildet, wurden sie immer weiter erstreckt, so daß die alte Freiheit, den Augenblick der Verfolgung unseres Rechts nach eignem Ermessen auszuwählen, Gefahr lief, dem Belieben des Gegners anheimzufallen, der nun sich die Zeit aussuchte, wo es ihm am bequemsten war, uns durch Provocation zur Klaganstellung zu nöthigen. So stehen sich schon im 16. Jahrh. die Lobpreisungen der allvermögenden Provocationen, die, wie ein damaliger Schriftsteller sagt, sich zu den übrigen Klagen **qualis regia mulier inter ancillas** [2]) verhielten, und die Beschwerden über den Mißbrauch dieses neuen Rechtsmittels gegenüber. Mehrere Reichsgesetze suchten diesen Mißbrauch zu beschränken [3]), doch mit geringem Erfolge, und noch im 32. Titel der preußischen Prozeßordnung reicht ihre Ausdehnung so weit, als nur in irgend einem gemeinrechtlichen oder sächsischen Prozeßlehrbuch des vorigen Jahrhunderts.

Jedenfalls aber werden die dem Berechtigten aus der Provocation erwachsenden Nachtheile nicht weiter zu erstrecken sein, als das Wesen dieses Rechtsmittels nothwendig macht. Hat derselbe außer der ihm durch die Provocation verschränkten Freiheit, die Zeit, zu welcher er klagen will, zu wählen, noch andere auf sein Recht bezügliche Befugnisse, so dürfen ihm diese nicht etwa mittelbar durch die Provocation genommen werden. [3b])

Die gemeinrechtliche Jurisprudenz nimmt an, daß die Provocationsklage im Forum des Diffamaten, also des Provocanten anzustellen sei. [4]) Jene Klage wird als eine Vorbereitung zu der durch sie herbeizuführenden Hauptklage angesehen; sie soll daher vor dem für die letztere competenten Richter verhandelt werden. Auch die preußische Gerichtsordnung [5]) erkennt dies für den Fall an, daß der Provocat ein Aus-

---

2) Muther, a. a. O. S. 53.

3) Wetzell, Ordentl. Prozeß. 2. Ausg. § 13. S. 96.

3b) Vgl. Göttinger Urtheil für d. O.-A.-G. zu Jena in Seuffert Archiv VIII. Nr. 194. S. 284, 85.

4) Muther, a. a. O. S. 190. Anm. 367.

5) § 4 a. a. O.

länder ist, und eine Reihe von Staatsverträgen zur Beförderung der Rechtspflege [6]) bestätigt es im Verhältniß zu den Staaten, mit denen jene Verträge geschlossen sind. Wenn nun der Berechtigte zwischen mehreren Gerichtsständen, denen der Gegner entweder überhaupt, oder für diesen Anspruch unterworfen ist, zu wählen befugt ist, so könnte man meinen, die Anstellung der Provocation begründe eine Prävention, durch welche dem Provocaten jenes Wahlrecht verloren ginge, indem er nun die Hauptklage da anbringen müßte, wo er provocirt ward. Darin läge aber eine solche mittelbare Entziehung einer anderweitigen, nicht nothwendig durch das Provocationsprincip berührten, Befugniß, und eben daher lehren die gemeinrechtlichen Processualisten fast einstimmig: Citatio ex Lege Diffamari non inducit praeventionem [7]), und das wird auch nach preußischem Rechte dem provocirten Ausländer gegenüber anzunehmen sein.

In dem eben angeführten Beispiel lag der indirecte Nachtheil, von dem man glauben konnte, daß er den Provocaten in Folge der Provocation treffen werde, außerhalb des Provocationsprocesses selbst. Bedenklicher erscheint es, wenn er in diesen Proceß hineingreift, wenn er als nothwendige Folge aus dem Provocationsurtheil zu fließen scheint. Für solche Fälle gewinnt die Frage die Gestalt, ob der Provocat in seiner Antwort auf die Provocation jene Nachtheile geltend machen, und, um sie von sich abzuwenden, entweder Abweisung des Provocanten, oder doch eine modificirte Fassung des ihm die Klaganstellung auferlegenden Erkenntnisses fordern könne.

Die Proceßschriftsteller berühren diese Frage nur selten eingehend. Meistens setzen sie voraus, daß, wenn es im Provocationsprocesse überhaupt zu einem contradictorischen Verfahren komme, der Gegenstand des Streites nur der sein werde, ob die behauptete Diffamation geschehen sei oder nicht. [8]) In dieser Richtung erfordert die Reichsgesetzgebung [9])

6) § 7 dieser Verträge.

7) Muther, a. a. O. S. 114.

8) Biener, Systema processus judic. § 811. Osterloh, Summar. bürg. Proc. nach sächs. R. § 104.

9) Jüngster R. Absch. § 83.

gleich mehreren sächsischen Proceßordnungen [10]) eine schon der Klage beizufügende Bescheinigung der Diffamation, ohne welche der Richter keine Ladung an den Provocaten erlassen soll. Doch ist diese außerprocessualische Bescheinigung keine definitiv entscheidende; bestreitet also Provocat ihr gegenüber, diffamirt zu haben, so hat der Richter dem Provocaten den weiteren Nachweis jener Behauptung aufzugeben. [11])

Es versteht sich aber ferner von selbst, daß eine unschlüssige Provocation zurückgewiesen werden muß. Unschlüssig ist sie aber, wenn sie vom Provocaten die Anstellung einer rechtlich unmöglichen Klage fordert. Da nun die Eigenthumsklage (abgesehen von den hier nicht in Betracht kommenden Fällen der ficta possessio) nur vom Nichtbesitzer gegen den Besitzer angestellt werden kann, so ist die Provocation zur rei vindicatio dann unschlüssig, wenn Provocant in ihr entweder den Provocaten als Besitzer, oder sich selbst als Nichtbesitzer bezeichnet. Es ist aber weiter zu fragen, ob, wo es in der Provocation an dieser Anerkennung des gegnerischen Besitzes oder des eigenen Nichtbesitzes fehlt, dieselbe auf Grund der gegnerischen Behauptung, daß das eine oder andere jener beiden Requisite der anzustellenden Eigenthumsklage fehle, zurückzuweisen sei.

In der ersten Beziehung ist kaum Streit. Es wird anerkannt, daß Provocat durch Beweis oder Bescheinigung, daß er sich im Besitze der Sache befinde, deren Vindication ihm angesonnen wird, die Provocation ablehnen könne. [12]) Streitig ist dagegen, wie es sich mit dem klägerischen Besitz verhalte. Ob er für die Provocationsklage überhaupt relevant sei, und ob, wenn diese Frage zu bejahen ist, Kläger denselben gleich in der Klage behaupten und demnächst bescheinigen müsse, oder ob er abwarten könne, daß Provocat den Nichtbesitz des Klägers behaupte.

Muther [13]) kommt in der Consequenz seiner Ansicht,

10) Alte Kursächs. Proc. Ordn., Altenburg. Proc. Ordn. von 1744. P. I. cap. 2. § 4. Gothaische Proc. O. von 1776. P. I. cap. 2. § 8.

11) Gaill, Practicae observatt. I. 12. § 2. 3.

12) Leyser, Meditatt. ad Pandectas. Spec. 81. Med. 7. Kind, Quaestiones forens. (Ed. II.) III. 19.

13) a. a. O. S. 146, 147.

„daß zum Fundament der Diffamationsklage nichts Anderes gehöre, als das Delict der Diffamation" dahin, den Besitz des Provocanten für irrelevant zu erklären. „Der Diffamat sagt weder, die fragliche Klage könne möglicherweise gegen ihn angestellt werden, noch, sie könne nicht gegen ihn angestellt werden; er stützt sich auf die Thatsache, daß sich Jemand mit einer Klage gegen ihn berühmt habe, behauptet, durch diese Berühmung werde seine ökonomische Ehre angegriffen, und schließt, das Delict der strafbaren Diffamation sei vorhanden." Demungeachtet beschränkt er den Satz, daß der Besitzer gegen den Nichtbesitzer, der sich ihm gegenüber mit einer rei vindicatio berühme, zur Diffamationsklage berechtigt sei, durch die Worte: „nur, möchten wir hinzufügen, muß der Besitzer auch factisch die streitige Sache inne haben," und sagt etwas weiter hin: „Geltend zu machen, daß trotz der Berühmung mit der rei vindicatio der Diffamat nicht Besitzer sei, daß also (?) die Diffamation nicht unter den Begriff der strafbaren Diffamation falle, ist Sache des Diffamanten."

Eine völlig entgegengesetzte Ansicht vertritt, die Genauigkeit der Relation vorausgesetzt, ein von der Heidelberger Facultät[14]) eingeholtes Erkenntniß: allerdings nämlich sei die Behauptung des eignen Besitzes wesentlicher Bestandtheil der Provocationsklage; ob aber diese Behauptung der Wahrheit entspreche, oder erlogen sei, komme durchaus nicht in Betracht. Dem angeführten Berichte nach hat das O.-Appell.-Gericht zu Jena jenes Erkenntniß bestätigt; daß es aber auch diese, jedenfalls auffallende, Ansicht der Entscheidungsgründe sich angeeignet habe, ist kaum zu vermuthen.

Dagegen erfordert Francke[15]) neben der Behauptung, daß Provocant Besitzer der fraglichen Sache sei, eine mit der Provocationsklage zu verbindende Bescheinigung seines Besitzes[16]), während noch Andere entweder eine solche ausdrückliche

---

14) Vermehren in Hotzel Blätter f. Rechtspflege. II. 101. 102.

15) Archiv für civil. Praxis XVIII. 227—32.

16) Vgl. das schon erwähnte Seitens des O.-A.-G. zu Jena von der Juristen-Facultät zu Göttingen eingeholte Urtheil in Seuffert Archiv VIII. Nr. 194.

Behauptung nicht verlangen, also von dem Kläger erst, wenn Provocat eingewandt hat, der Kläger sei nicht Besitzer, d. h. im Verlaufe des Processes jenen Nachweis fordern, oder zwar die fragliche Behauptung im Provocationslibell für nöthig erachten, dennoch aber die Bescheinigung in das erwähnte spätere Stadium verweisen.[17]) Praktisch werden diese Differenzen dadurch weniger bedeutend, daß einestheils die Diffamation, wenn sie, was jedenfalls die Regel bildet, gegen einen Bestimmten gerichtet ist, meistens selber als Bescheinigung des vom Diffamanten anerkannten provocantischen Besitzes wird gelten können,[18]) anderntheils aber, auch in Francke's Sinne, die Bescheinigung des Besitzes gewiß nicht in weiterem Umfange wird gefordert werden können, als die der Diffamation, d. h. es wird genügen, daß Provocant denselben dem Richter nur soweit wahrscheinlich macht, um ihn zu überzeugen, die Klage werde nicht etwa ohne alles rechtliche Interesse aus bloser Frivolität angestellt. Ist dieser Zweck erreicht, hat also der Richter auf die Provocationsklage ausgefertigt, so wird Provocat demungeachtet den Besitz seines Gegners noch läugnen und dadurch diesen zu dessen definitivem Nachweis nöthigen können.

Ein Bedenken könnte hier dadurch entstehen, daß, während in der rei vindicatio dem Kläger der Beweis des Besitzes des Verklagten obliegt,[19]) hier lediglich um deswillen, weil der Vindicant sich seines Klagerechts berühmt hat, die Beweislast in Betreff dieses Punktes umgekehrt und auf den zu Verklagenden übertragen scheint. Diese anscheinende Anomalie erklärt sich aber dadurch, daß Provocant den angeblichen Eigenthümer in seiner Freiheit, die Zeit für seine Klaganstellung zu wählen, beschränken will und für diesen Eingriff die wesentliche Voraussetzung seines Interesse's, d. h. den Besitz, nachweisen muß. Bürdet er sich dadurch einen ihm sonst nicht ob-

---

17) Erkenntniß des Ober=Tribunals zu Stuttgart bei Seuffert V. Nr. 79. S. 85.

18) Das alleg. Stuttg. Erkenntniß S. 88 und ein Heidelberger Urtheil daselbst XII. Nr. 214. S. 286—90.

19) L. 80 D. de Rei vindic. VI. I.

liegenden Beweis auf, ſo erkauft er ſich damit das Recht zu jenem Eingriff.

Uebrigens dürfte der Francke'ſchen Anſicht, daß die Beſcheinigung des Beſitzes der Provocation gleich beigefügt werden müſſe, ſchwerlich zuzuſtimmen ſein. Vielmehr wird man Muther darin Recht geben, daß das nächſte Fundament der Provocation die Berühmung des Gegners iſt. Verſucht dieſer alsdann den Zwang zur Klaganſtellung dadurch abzuwenden, daß er erwiedert: mein Berühmen geht Dich nichts an, denn Du biſt nicht Beſitzer der fraglichen Sache, ſo nöthigt er erſt dadurch den Provocanten zum Nachweiſe ſeines Beſitzes. Dies praktiſche Reſultat ſcheint auch Muther ebenſo aufzufaſſen.

Auch anderweitige auf den Inhalt der Hauptklage bezügliche Einwendungen, welche die Provocation als unſtatthaft darſtellen, werden dem Provocaten nicht verſagt werden können [20]. In dieſem Sinne verordnet die preußiſche Geſetzgebung [21], der Verklagte könne ſich darauf berufen, daß er aus dem in Rede ſtehenden Anſpruche „entweder gar nicht, oder doch nicht in der geſetzten, ſondern erſt in einer längeren, beſtimmten oder unbeſtimmten Friſt klagen dürfe." Verklagter wird alſo der Provocation gegenüber „verzögerliche und zerſtörliche Einwendungen vorſchützen können." [22] Als Beiſpiel kann eine Schuld dienen, die nach Behauptung des angeblichen Gläubigers, der ſich ihrer berühmt hat, von ſeiner Seite willkürlich, von Seiten des Schuldners aber erſt nach zehn Jahren kündbar iſt. Wollte der Erbe des Schuldners, um über das Beſtehen der von ihm bezweifelten Schuld Gewißheit zu erlangen, den Gläubiger provociren, ſo würde dieſer entgegnen, daß ihn die Provocation des Rechtes nicht berauben könne, dies vortheilhaft ausgeliehene Kapital bis Ablauf der zehn Jahre ſtehen zu laſſen. Dem Schuldner würde alſo, inſoferne ihm keine

20) Berger, Electa process. provocator. § 15. (Doch läugnet dieſer Schriftſteller l. c. § 38, daß auf die merita causae der Hauptklage bezügliche Einwendungen zuläſſig ſeien). Bayer, Theorie d. ſummar. Proc. § 53. Anm. 16. § 57. Anm. 9. Francke, a. a. O. S. 224—238.

21) § 18 a. a. O.

22) Linde, Civilproceß 7. Ausg. § 337. Anm. 7.

indirecten Hülfsmittel (z. B. Weigerung der Zinszahlung, oder Vindication der Pfänder) zustehn, nur übrig bleiben, seine etwaigen Vertheidigungsmittel sich durch Antrag auf Erhebung des Beweises zum ewigen Gedächtniß zu erhalten.[23])

Die am nächsten liegende Entgegnung gegen die Provocationsklage scheint die zu sein, daß der Kläger keinen Grund habe, sich über die Diffamation zu beschweren, da dieselbe eine wohl befugte gewesen sei. Von einer unbefugten Diffamation kann man in zweifachem Sinne reden, im formellen, insoferne als in der Diffamation, möge sie materiell begründet sein oder nicht, eine Ehrenkränkung des Diffamaten gefunden wird; im materiellen, insofern man die Unwahrheit der Berühmung zur Voraussetzung der Provocation, oder doch ihrer erfolgreichen Durchführung macht.

In der ersten Beziehung erachtet Muther[24]), wie schon erwähnt ward, das formelle Unrecht des sich Berühmenden, das „Delict der Diffamation," für die Grundlage der Provocation, die er daher aus einer obligatio ex delicto herleitet. Die von diesem Schriftsteller allerdings nicht gezogene Consequenz würde nothwendig dahin führen, die Provocation auszuschließen, wo den Diffamanten keinerlei Vorwurf trifft. Solcher Art wäre folgender Fall: A bietet sein Grundstück aus. Der kauflustige N erkundigt sich bei dem Grundnachbarn B, ob jenes Gut servitutenfrei sei. B, der sich eine solche Gerechtigkeit, und wie sich später ergibt, mit gutem Grunde, zuschreibt, sagt dies dem N, sowie andern Kauflustigen, wiederholt seine Behauptung auch vielleicht auf Befragen im Bietungstermin. Alle Voraussetzungen zur Provocation, auch die nur von einem Theile unserer Processualisten aufgestellten, liegen also vor. In was aber hat B delinquirt? Wodurch hat er die ökonomische Ehre des A rechtswidrig verletzt? Dennoch wird Niemand anstehen, den Letzteren zur Provocation zu lassen. — Ist nun sonach das formelle Unrecht nicht Voraussetzung jener Klage, so wird sie auch nicht durch Berufung auf formelles Recht zurückgewiesen werden können.

23) Preuß. Gerichtsordn. a. a. O. § 21.

24) a. a. O. S. 123 et passim.

Auch materielles Unrecht ist nicht in der Art Grundlage der Provocationsklage, daß Kläger dasselbe in ihr behaupten müßte und daß die Entscheidung dieses Processes den Nachweis jenes Unrechts erforderte.[25]) Wäre das der Fall, so würde der Provocationsproceß jedesmal den Hauptprozeß entweder ganz absorbiren, oder ihn doch nur noch in der Art gestatten, wie die Ergebnisse summarischer Bescheinigung unter Umständen noch der Prüfung des ordentlichen Beweises unterliegen können. Allerdings kann aber Provocat, nicht indem er den Klaggrund läugnet, wohl aber einredeweise sich auf sein materielles Recht, dessen er sich berühmt hatte, berufen. Nur wird dem processualischen Effecte nach diese Einrede eine Klage sein, nämlich die durch die Provocation herbeizuführende Hauptklage.

Daß nun dem Provocanten, der sich in seinem Rechte fühlt, außer der Erklärung seiner Bereitwilligkeit zu klagen und außer dem Ergehenlassen eines, ihn bei Strafe des Stillschweigens verurtheilenden Erkenntnisses, noch der dritte Weg offen steht, im Provocationsprocesse selber das Recht, dessen er sich berühmt hat, geltend zu machen, wird sich mit Grunde schwerlich bestreiten lassen. Wenn die ältern Processualisten immer wieder das Wort des Baldus wiederholen: **diffamare est ad judicium provocare,**[26]) und daher darüber streiten, ob der, gewissermaßen schon **extrajudicialiter** verklagte Provocant überhaupt als Kläger angesehen werden könne,[27]) so müssen sie dem Diffamanten auch gestatten, daß er mit jenem mittelbaren **provocare ad judicium** Ernst mache und den angeblich schon begonnenen Proceß sofort weiter führe. Daß dies völlig statthaft sei, erkennen einzelne Proceßgesetze und Schriftsteller auch ausdrücklich an.[28]) Nur wird in Folge eines solchen Verfahrens des Provocanten der Proceß eine andere Gestalt annehmen. Die Parteirollen werden sich umkehren, und

25) In solchem Sinne spricht sich Koch, Preußischer Civilproceß § 395 aus.

26) Muther, a. a. O. S. 68.

27) Ebendaselbst S. 100 ff.

28) Erläut. Kursächs. Proc. Ordn. ad **Tit. V. § 5 in f. Biener, Syst. process. jud. § 312.** — Anders freilich nach preußischem Recht.

der unbestimmt summarische Proceß wird in den ordentlichen, oder in denjenigen übergehen, in welchem sonst etwa die Hauptklage zu verhandeln ist. Bei der mit der Diffamationsklage parallellaufenden Provocatio ex L. Si contendat erscheint sogar dies Hineintreten der Hauptklage in den Provocationsproceß als etwas Regelmäßiges. Der Provocant bringt gewöhnlich die Einreden, die er sich eben conserviren will, in der Provocation selbst vor, und der Provocat pflegt alsdann dadurch zu antworten, daß er Klagschrift und Replik combinirt.[29]) Noch klarer erhellt dies für die sogen. Provocatio ad probandum, die man seit dem älteren Socin aus L. 15. § 28 D. De Damno inf. herzuleiten und mit unter den Begriff der Diffamationsklage zu fassen pflegte.[30]) Durch sie wird nämlich der Provocat nicht sowohl aufgefordert, zu klagen, denn vielmehr in den noch nicht anhängig gemachten Hauptproceß, als ob derselbe schon in ein bestimmtes Stadium — das Beweisverfahren — gediehen wäre, einzutreten.[31])

Aber auch die Zulässigkeit solcher Einreden wird sich nicht bestreiten lassen, welche geltend machen, daß durch die Verurtheilung des Provocaten, im Hauptprocesse zu klagen, einer anderweitig zu entscheidenden Frage präjudicirt werden würde. Zwei Personen streiten über das Eigenthum an einem Grundstücke. Beide haben an demselben Besitzhandlungen vorgenommen, wie dies namentlich bei Waldgrundstücken sehr oft der Fall sein wird. Jeder wünscht den unvermeidlichen Proceß in der günstigeren Stellung als Verklagter durchzufechten. Der ordnungsmäßige, auf dem römischen Recht beruhende, Weg wäre der, daß Einer von Beiden, gleichgültig welcher (denn das Interdictum duplex kennt keine Begünstigung des Verklagten) durch das Interdictum uti possidetis Regulirung des Besitzstandes herbeiführte, worauf dann der Unterliegende nicht umhin können würde, als Kläger aufzutreten.[32]) Statt dieses Vorprocesses wählt nun Einer jener

29) Wetzell, ordentl. Civilproc. § 13. a. E.

30) Muther a. a. O. S. 81.

31) Berger, Electa proc. prov. § 35.

32) Savigny, Besitz. 6. Ausg. S. 467. Herm. Witte, Interd. utiposs. S. 28 ff.

Beiden, vielleicht derjenige, der in Possessorio zu unterliegen fürchtete, die Provocatio ad agendum. Die Diffamation, daß der Gegner sich gegen Dritte das Eigenthum jenes Waldes zugeschrieben hat, wird er leicht nachweisen können. Auch an der persönlichen Richtung der Diffamation wird es in den meisten Fällen nicht fehlen, da wer sich des Eigenthums rühmt, selten unterlassen wird hinzuzufügen, es sei unbegreiflich, wie dennoch der — von ihm namhaft gemachte — Gegner eben dies Eigenthum sich zuschreiben könne. Muther kann nicht umhin, hier die Diffamationsklage zu gewähren, und, da eben nicht feststeht, wer „die Sache factisch inne habe," sehe ich nicht ab, wie er vermeiden will, daß durch den Provocationsproceß „die Beweislast verrückt werde."

Nach Francke's Meinung, welcher oben beigepflichtet ward, soll allerdings Provocant zur Begründung seiner Diffamationsklage ferner noch darthun, daß er sich im Besitze des Streitobjectes befinde; nach der summarischen Natur des Provocationsprocesses bedarf es aber nur einer Bescheinigung, und diese durch den Nachweis einzelner Besitzhandlungen, mehrfachen Holzschlagens, Eintreibens von Vieh, Buchäckerlesens und dergleichen zu erbringen, wird ihm vielleicht nicht schwer werden. So erstreitet er denn ein den Provocaten zur Klaganstellung verurtheilendes Urtheil, obwohl er im Possessorium unterlegen sein würde, und die von ihm angestellte Diffamationsklage gestattet ihm, der wirklichen Sachlage zuwider, die vortheilhafte Stellung als Verklagter zu usurpiren. Allerdings wird dem Provocaten nicht verwehrt sein, die Gegenbescheinigung dahin anzutreten, daß nicht Provocant, sondern er selbst Besitzer sei; aber auch sie wird den für das Beweisverfahren im summarischen Processe geltenden Regeln unterworfen sein,[33]) so daß demjenigen, der in Possessorio ordinario gesiegt haben würde, möglicherweise diese Gegenbescheinigung mißlingen kann. Jedenfalls würde, zur definitiven Erledigung der Sache, der Provocationsproceß in das Interdictum uti possidetis umgeleitet werden müssen. Weit natürlicher also erscheint es, dem Pro-

---

33) Biener, Syst. proc. § 230, 231.

vocaten zu gestatten, daß er unter Berufung auf die, nöthigenfalls zu bescheinigende, Streitigkeit des Besitzes selbst, die Diffamationsklage, damit nicht dem Interdictum retinendae possessionis präjudicirt werde, vorläufig ablehne. Dieser Grund der Ablehnung dürfte juristisch zutreffender sein, als der, nach Francke's beistimmendem Berichte, in einem völlig ähnlichen Falle, in dem beide Theile an zwei auf einander folgenden Tagen sich gegenseitig ad agendum provocirt hatten, vom Oberappellationsgericht in Jena geltend gemachte: „daß in keiner der beiden Provocationsklagen so viel angeführt sei, um den Richter daraus ersehen zu lassen, daß der Provocant der richtige Verklagte im Vindicationsprocesse sein werde." Die erste jener beiden Provocationen war in sich vollkommen schlüssig, und sie konnte diese Eigenschaft dadurch nicht verlieren, daß eine zweite in umgekehrter Richtung ihr nachträglich gegenübertrat.

Während im eben besprochenen Falle zwar jeder Theil behauptet, nicht ihm sondern dem Gegner liege ob, das streitige Recht klagend geltend zu machen, aber diese Behauptung doch nur für einen von Beiden begründet sein kann, verhält es sich bei dem Streite über die Freiheit des Eigenthums anders. Der Eigenthümer, der behauptet, seine Sache sei von dinglichen Lasten frei, kann ebensowohl abwarten, daß der Andere, der ein solches Recht in Anspruch nimmt, dasselbe mit der confessorischen Klage geltend mache, als es mit der Negatoria selbständig bestreiten. Die gleiche Wahlfreiheit hat also auch der eine Servitut oder dergleichen an der fremden Sache Beanspruchende, und zwar beiderseits, ohne daß es darauf ankäme, ob der Eigenthümer im Besitz der Freiheit, oder der Servitutenprätendent in der Ausübung (dem Quasibesitz) dieser Gerechtigkeit sei. An Diffamationen wird es auch hier beiderseits selten fehlen. Es fragt sich nun, ob der Eine dem Andern jene Wahlfreiheit durch die Diffamationsklage entziehen könne, und wie es gehalten werden soll, wenn etwa gar Beide sich gegenseitig provociren?

So lange man von dem Negatorienkläger neben dem Beweise seines Eigenthums noch den der Freiheit desselben erforderte, legte man jenem Conflict eine allerdings nicht gegründete Be-

deutung bei, und läugnete, daß der Eigenthümer durch Anstellung der Provocationsklage jene Beweislast dem Gegner aufbürden könne.[34]) Seitdem jene, schon vom Preußischen Landrecht[35]) verworfene, Theorie auch aus dem gemeinen Rechte verdrängt ist, hat man, im umgekehrten Sinne zu weit gehend, es für völlig gleichgültig erklärt, ob der Eigenthümer mit der **Negatoria**, oder ob der ein Recht an der Sache Beanspruchende mit der confessorischen Klage auftrete.[36]) Verhielte es sich wirklich in solcher Weise, so würde der Diffamationsklage mit Recht entgegengesetzt werden können, daß es dem Kläger an allem Interesse für sein Petitum fehle, daß er durch den Proceß nichts erreichen könne, was ihm nicht ohnehin schon gewährt sei, falls er nur selbst die ihm zustehende Klage anstelle.[37])

Jene Vertheilung der Parteirollen ist aber keineswegs indifferent. Der negatorisch Klagende hat zwar nicht die Freiheit der Sache, wohl aber sein Eigenthum an derselben zu beweisen, oder, wie die Praxis, namentlich die sächsische, anzunehmen pflegt, zu bescheinigen. Mißlingt ihm dieser Beweis, so wird der Verklagte absolvirt, wenn dieser auch nichts zum Beweise des Bestehens der Servitut beigebracht hat. Klagt dagegen derjenige, der eine Prädialservitut in Anspruch nimmt, confessorisch, so kann er, ohne den Beweis, daß er Eigenthümer des angeblichen **praedium dominans** sei, nicht obsiegen. Wie vollkommen auch der Beweis des Bestehens der Servitut gelungen sei, wird, wenn dem Kläger jener Beweis mißlingt, der verklagte Eigenthümer des **praedium serviens** dennoch absolvirt. In beiden Fällen wird die Entscheidung nicht durch das Gelingen oder Mißlingen des Beweises der streitigen Servitut, sondern durch das Resultat eines andern, und zwar für jeden Fall verschiedenen, Beweises herbeigeführt. Wer aber diesen Beweis zu führen habe, hängt lediglich von dem Umstande ab, welcher von Beiden

34) **Berger**, l. c. § 36.

35) Thl. I. Tit. 7. § 181, 182.

36) Francke, a. a. O. S. 235. Muther, S. 149, 150.

37) Erk. des Ob.-App.-G. zu Lübeck in Seuffert, Archiv III. Nr. 385. S. 444.

als Kläger aufgetreten iſt. Die Rolle des Klägers iſt alſo allerdings eine läſtige, und jeder von Beiden wird bemüht ſein, ſie ſo viel als möglich von ſich abzuwälzen.

Muther trägt kein Bedenken, dem Diffamaten zu dem Ende die Provocationsklage zu gewähren. Er betrachtet ja die Diffamation als ein Delict, und die Strafe dieſes Delicts iſt, daß der Diffamirende nun gezwungen wird, zu klagen. Wäre dies richtig, ſo würde der rechtsgelehrte Freund jenes oben erwähnten Servitutenberechtigten, den der Kaufluſtige des Praedium serviens fragt, ob ihm etwa eine Grundgerechtigkeit an letzterem zuſtehe, ihm bringend rathen müſſen, entweder der Wahrheit zuwider und gewiß nicht ohne Gefahr „nein" zu antworten, oder die Antwort ganz zu verweigern; offene Angabe, daß er ſich allerdings ein ſolches Recht zuſchreibe, wäre ja Diffamation, alſo ein Delict, das mit dem Zwange zur Klaganſtellung und ſo mittelbar möglichenfalls mit dem Verluſte der Servitut beſtraft würde. Muther ſchränkt indeß dieſe Conſequenzen ſelbſt wieder ein, und macht ſie dadurch weniger bedenklich. Von demjenigen, der ſich einer Servitut berühme, in deren factiſcher Ausübung er ſich befinde, könne man nicht ſagen, daß ſeine Berühmung ein Delict enthalte.[38]) Der in jener Berühmung enthaltene Vorwurf, daß der Eigenthümer der dienenden Sache ihm jenes Recht widerrechtlich beſtreite, taſte vielleicht deſſen bürgerliche, nicht aber deſſen ökonomiſche Ehre an; das in der Diffamation enthaltene Delict ſetze aber nothwendig ein Antaſten der ökonomiſchen Ehre voraus. Ebenſo verhalte es ſich mit dem Eigenthümer, der die Anſprüche eines, nicht im Quaſibeſitz der Servitut befindlichen Prätendenten für ungegründet erkläre. So kommt denn Muther, nachdem er ſich „gegen die von Manchen vertretene, am ſchärfſten aber von Wetzell ausgeſprochene Meinung, „daß der Beſitzſtandm aßgebend ſei", erklärt hat, doch dahin, die Provocation

38) Eine ähnliche Auffaſſung findet ſich ausgeführt in einem Erkenntniß des Preuß. Ober-Tribunals, dritter Senat, vom 15. Jan. 1855, bei Striethorſt, Archiv Bd. XV. S. 328. Vgl. Erkenntn. des I. Senats vom 13. Februar 1863 daſelbſt XLVII. 356—360 und Präjudiz Nr. 647 in der Sammlung I. 253.

zur Confessoria nur gegen den nicht im Quasibesitz der Servitut befindlichen Diffamanten, und die Provocation zur Negatoria nur dann zuzulassen, wenn jener Quasibesitz dem Provocanten zusteht. Freilich fügt er hinzu, „daß in besonders gearteten Fällen anders zu erkennen sein möge"; er unterläßt aber anzugeben, wie diese Fälle, durch welche eben seine Meinung sich materiell von der Wetzell'schen unterscheiden würde, geartet sein müssen. Außerdem dürfte schwer abzusehen sein, warum die ökonomische Ehre des Grundeigenthümers, dem der Prätendent einer Wege-Servitut vorwirft, daß jener ihm schon oft den Weg durch Dornbüsche oder Gräben habe versperren wollen, aber bisher ohne Erfolg, da er (Diffamant) jene Hindernisse immer sofort beseitigt habe, weniger angetastet sei, als die Ehre desjenigen, dem gegenüber der Prätendent sich berühmt, auf Wiederherstellung des durch die letzte Ueberschwemmung ungangbar gemachten Weges ein Recht zu haben.

Francke[39]) will nur eine Provocation zur Anstellung der Confessoria, nicht zu der der Negatoria, gestatten, erstere aber ohne Unterschied, ob der Eigenthümer im Besitze der Freiheit, oder der Diffamant im Quasibesitz der Servitut sei. Die Praxis scheint in hohem Grade zu schwanken, und mir sind mehrfach Fälle vorgekommen, wo gemeinrechtliche Gerichtshöfe zu Gunsten des Provocanten erkannt haben, ohne Unterschied, ob der Provocat negatorisch oder confessorisch klagen sollte, und ohne Rücksicht darauf, ob der Eigenthümer im Besitze der Freiheit, oder der Prätendent in dem der Servitut war.

Es könnte nun scheinen, daß die Provocation, statt verwirrend in das Recht einzugreifen, ein willkommenes Mittel biete, um der Rechtsunsicherheit ein Ende zu machen, die dadurch entsteht, daß keine Partei sich entschließen kann, klagend aufzutreten, und vielleicht, um die andere zur Initiative zu drängen, zur Selbsthülfe greift. Eine solche Gefahr besteht jedoch in der That nicht, und am wenigsten ist die Diffamationsklage das rechte Mittel um sie abzuwehren.

Die Gefahr der Rechtsunsicherheit besteht nicht;

39) a. a. O. S. 333—36.

denn die Partei, die sich im Besitze befindet, kann immer den Nachtheil, zur Geltendmachung ihres Rechtes klagend aufzutreten, dadurch abwenden, daß sie die thatsächlichen Eingriffe der Gegenpartei mit possessorischen Rechtsmitteln so lange zurückweist, bis diese sich an ihrem Theil zur Klagerhebung entschließt. Zu diesem Ende dient dem Eigenthümer, der im Besitz der Freiheit ist, wenigstens der gemeinen Meinung nach, das Interdictum uti possidetis[40]), jedenfalls aber stehen ihm zur Abwehr andere Schutzmittel, wie die actio injuriarum[41]), das interdictum quod vi aut clam[42]) u. s. w. zur Seite. Handelt es sich aber darum, daß wer im Quasibesitze der Servitut ist, die thatsächlichen Hinderungen beseitigen will, die der Eigenthümer ihm entgegenstellt, so bedient sich der factische Nießbraucher eines Grundstückes hierzu des zu solchem Ende vom Prätor ausdrücklich erweiterten[43]) Interdictum uti possidetis. Unter den Prädialservitiuten ist der Besitz einiger durch besondere Interdicte geschützt.[44]) Welchen Schutz die Ausübung der übrigen, namentlich der Gebäudeservituten nach römischem Rechte genossen habe, ist bekanntlich sehr bestritten[45]); allgemein aber wird zugestanden, daß ein solcher Schutz, den man als ausgedehntes Interdictum uti possidetis zu bezeichnen pflegt, nach heutigem Rechte ganz allgemein, ohne Unterschied der Arten von Servituten, gewährt wird.[46]) Hiermit stimmt auch das preußische Recht überein, indem es sein Possessorium summariissimum ausdrücklich nicht minder zum Schutze des Besitzes eines Rechtes, als zu dem des Besitzes einer Sache gibt.[47])

40) Arndts Pand. 5. Ausg. § 171 Anm. 2. Vgl. Herm. Witte a. a. O. S. 113 ff.

41) L. 23 D. De Injuriis XLVII. 10.

42) L. 11 pr. D. Quod vi aut cl. XLIII. 24. Vangerow, Pand. 7. Ausg. I. 676 (§ 336, Anm. 1 Nr. 4.)

43) Vatic. fragm. § 90, 91.

44) Titt. Digestor. De Itinere actuque priv. De Aqua cottidiana, De Fonte. De Cloacis. XLIII. 19, 20, 22, 23.

45) Vangerow, a. a. O. S. 77—83 (§ 355. Anm. 2).

46) Vangerow, a. a. O., Sintenis, Prakt. Civilr. 2 Ausg. I § 65 a. E. S. 598, 99, Anm. 46.

47) Allg. Ger. Ord. Thl. I. Tit. 31 § 1. Vgl. Allg. L. R. Thl. I. Tit. 7, § 150.

Nach heutigem gemeinem, wie nach preußischem Rechte kann also der Eigenthümer, wenn er im Besitze der Freiheit ist, alle Versuche des Servitutenprätendenten, sich in Quasibesitz zu setzen, durch possessorische Rechtsmittel zurückweisen; ebenso aber auch der Quasibesitzer der Servitut alle Versuche des Eigenthümers, ihn in Ausübung der Servitut zu hindern. Im einen, wie im andern Falle handelt es sich blos um die Besitzfrage, während die Frage nach der Rechtsbegründung jener Freiheit der Sache und dieser Ausübung der Servitut im possessorischen Proceß natürlich unerörtert bleibt. Folge hiervon ist nun, daß der Besitzer, wie sehr er auch befugt ist, im ersten Falle negatorisch, im zweiten confessorisch zu klagen, wenig geneigt sein wird, zu solcher Klaganstellung zu schreiten. Er wird sich mit dem thatsächlichen Schutze gegen Eingriffe begnügen, den ihm die aus seinem Besitze hervorgehenden Rechtsmittel gewähren, und abwarten, bis der Gegner seine Ansprüche, die er via facti nicht durchzusetzen vermag, im Wege des petitorischen Processes verfolgt; alsdann aber wird jenes Abwarten dem Besitzer den Vortheil verschafft haben, nun in diesem Processe die günstigere Stellung des Verklagten einzunehmen. Wenn also die Meinung späterer Rechtslehrer, daß gleich andern dinglichen Klagen auch die negatoria und die confessoria nur dem Nichtbesitzer gegen den Besitzer zustehe, juristisch noch so falsch ist, so wird es doch thatsächlich fast immer dahin kommen, daß nur der Nichtbesitzer klagend auftritt, da der Besitzer sich anderweitig zu schützen vermag.

Es fragt sich nun, ob dieser Vortheil dem Besitzer durch eine Provocation des Gegners wirksam entrissen werden könne? Nach dem an die Spitze gestellten Grundsatze muß diese Frage entschieden verneint werden. Die Provocation nöthigt den Diffamanten, der keinen andern Weg hat seine Ansprüche durchzuführen, als den der Klage, diese Klage früher anzustellen, als er sonst gethan haben würde: weitere Nachtheile kann sie ihm aber nicht aufbürden. Bedarf er der Klage überall nicht, und bringt deren Anstellung ihm anderweitigen Nachtheil, so kann die Provocation ihn nicht zu ihr zwingen. Provocirt also der nicht in Ausübung der Servitut begriffene Prätendent

den Eigenthümer zur Negatoria, so muß es als gegründete Einrede gelten, wenn dieser sich auf seinen Besitz der Freiheit beruft, der ihn weder jetzt noch später zur Anstellung eines Processes über die Rechtsbegründung der klägerischen Ansprüche nöthige. Ebenso wird derjenige, der sich im Quasibesitze der Servitut befindet, die Provocation zur Confessoria dadurch abweisen, daß er sich auf den Schutz beruft, den seine factische Ausübung genießt, ohne daß er dazu seinen Anspruch petitorisch klagend zu verfolgen brauchte.

Wesentlich anders verhält es sich dagegen im umgekehrten Falle. Die confessorische Klage, zu welcher der Besitzer der Freiheit den Servitutenprätendenten provocirt, ist in der That das einzige Rechtsmittel, durch welches dieser seinen Anspruch verwirklichen kann. Er verliert in Folge der Provocation keinen anderweitigen Vortheil; er wird eben nur genöthigt, früher zu klagen, als er sonst vielleicht gethan hätte. Ganz ebenso ist aber die Stellung des Eigenthümers, der das rechtliche Bestehen der Servitut läugnet, in deren ruhiger Ausübung der Gegner sich befindet. Er hat zur Realisirung der Freiheit seiner Sache kein anderes Rechtsmittel, als die Negatoria, und der einzige Nachtheil, den er dadurch erleidet, daß er zu ihr provocirt wird, ist, daß er den Augenblick der Klaganstellung nicht nach eignem Belieben wählen kann; eben das liegt aber im Wesen des Provocationsprocesses.

XX.

Folgen der Rechtskraft.

Von Herrn Purgold,
Stiftungsanwalt zu Darmstadt.

---

v. Savigny erörtert in seinem System Bd. 6, S. 300 ff. die Rechtskraft der Urtheile und entwickelt, so einleuchtend die Folgen derselben aus ihrem Begriffe selbst, daß dadurch diese